



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
Curso de direito

Taciana Leite Chaves

MODERNIDADE E O NOVO PARADIGMA FAMILIAR UM ESTUDO À LUZ DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Brasília
2012

Taciana Leite Chaves

MODERNIDADE E O NOVO PARADIGMA FAMILIAR UM ESTUDO À LUZ DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB.

Orientador: Danilo Porfírio de C. Vieira

BRASÍLIA
2012

TACIANA LEITE CHAVES

MODERNIDADE E O NOVO PARADIGMA FAMILIAR UM ESTUDO À LUZ DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB.

Orientador: Danilo Porfírio de C. Vieira

Banca Examinadora

Prof. Danilo Porfírio de C. Vieira

Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Brasília
2012

Dedicatória

Dedico este trabalho em especial ao professor e orientador, Danilo Porfírio de Castro Vieira, por toda compreensão e ajuda no desenvolvimento do presente trabalho. Aos meus pais, e namorado pelo apoio incondicional em todos os momentos.

“A transformação é uma porta que só se abre por dentro”
Willian Shakespeare

RESUMO

Após transformações significativas que mudaram o meio familiar, a família deixou de ser um espaço de expressão de poder e hierarquia para se tornar a efetivação de uma realidade igualitária e paritária entre os membros que a constituem, tendo em vista que os valores, a cultura, a mentalidade e a nova postura social da sociedade se alteraram radicalmente. Com isso a modernidade trouxe consigo um novo paradigma familiar, apresentado, consecutivamente, novas entidades familiares como as uniões homoafetivas. Essas entidades são baseadas na afetividade, na solidariedade e na autonomia da vontade, passando a ser protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verificou no histórico julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, decidido por votação unânime onde o Ministro Relator Ayres Britto concedeu uma interpretação principiológica e ampliativa a Constituição Federal, com a proibição do preconceito em função da primazia do pluralismo, da intimidade e da vida privada, reconhecendo às uniões homoafetivas os mesmos direitos da união estável heteroafetiva.

Palavras-chaves: paradigma familiar; uniões homoafetivas; afetividade; principiológica.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1 A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA FAMÍLIA	10
1.1 FAMÍLIA E TRADIÇÃO.....	10
1.2 FAMÍLIA E AUTONOMIA DA VONTADE	18
2 FAMÍLIA E HOMOAFETIVIDADE	29
2.1. HOMOSSEXUALIDADE NA GRÉCIA, EM ROMA E NA IDADE MÉDIA.	29
2.1. DA HOMOSSEXUALIDADE E A MODERNIDADE.....	31
3 ANÁLISE DO VOTO DO RELATOR.....	45
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIA	56

Introdução

O objetivo de estudo deste trabalho é compreender como as características das famílias antigas influenciaram no processo modificativo e de evolução que a família sofreu no decorrer dos tempos, pois esta deixou de ser um espaço de expressão de poder e hierarquia para tornar-se uma realidade igualitária entre os membros que a constituem. Com isso a modernidade trouxe consigo um novo paradigma familiar, apresentando, consecutivamente, novas entidades familiares como as uniões homoafetivas que passaram a ser protegidas pelo Estado tendo em vista que sua essência é baseada na afetividade, na solidariedade e na autonomia da vontade.

Várias mudanças foram absorvidas pela família moderna que trouxe em sua essência a afetividade e a autonomia da vontade. Tornou-se necessário, portanto que o Estado regulamentasse essas uniões baseadas no afeto, como o exemplo as relações homoafetivas, elemento de principal estudo deste trabalho.

Ocorre que com estas grandes transformações históricas as relações do direito de família se modificaram, e as relações modernas passaram a se basear nos laços afetivos e sentimentais, afinal cada indivíduo tem autonomia para escolher aquilo que melhor atenda aos seus anseios e realização pessoal.

E após longo tempo a margem de tutela jurídica por parte do Estado, o Supremo Tribunal Federal em seu histórico julgamento julgou as ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF por votação unânime, aplicando as mesmas regras da união estável heteroafetiva às uniões homoafetivas.

E para poder compreender todas estas transformações no primeiro capítulo foram feitas análises do desenvolvimento da família, na família Grega, Romana, na Idade Média até a família do século XX. As raízes e fundamentos da família patriarcal, hierárquica e fundada no matrimônio do século passado perduraram por muito tempo deixando evidentes as marcas culturais e sociais, e de valores que impactaram o direito brasileiro. Porém com um novo paradigma familiar e com a percepção de uma pluralidade familiar, a tradição familiar foi sucumbida à autonomia da vontade.

No segundo capítulo o estudo demonstrará que a homossexualidade esteve presente na sociedade por muito tempo, como na Grécia, em Roma e na Idade Média. E foi com família moderna que se evidenciou que as relações homossexuais não podem ficar excluídas do direito e da sociedade; mesmo com a ausência de lei em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Já no terceiro capítulo serão estudados os principais fundamentos e princípios que levaram o Relator Ministro Ayres Britto a reconhecer as uniões homoafetivas com as mesmas regras da união estável heteroafetiva.

Conforme se observará a interpretação principiológica da Constituição Federal deve ser desempenhada para que o direito possa transformar a realidade atual da nossa sociedade. E reconhecer direitos a novas entidades familiares é a melhor solução para vivermos em uma sociedade baseadas na igualdade, isonomia, liberdade com a concretização da dignidade da pessoa humana.

1 A Construção Conceitual da Família

Este capítulo tem como objetivo demonstrar a característica de famílias antigas para posteriormente entendermos esse processo modificativo e de evolução que sofreu a família no decorrer dos tempos, onde deixou de ser um espaço de expressão de poder para torna-se a efetivação de uma realidade igualitária e paritária.

A palavra família traz uma multiplicidade de conceitos, que deriva do verbete latino “famulus” que significa domésticos, servidores, escravos, casa, família¹. Ora significando o conjunto das pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, ora em conjunto de indivíduos ligados a alguém, ou a um casal (marido e esposa) pelos laços de sangue ou de parentesco civil.²

A noção de família tem variado através dos tempos e, numa mesma época, a palavra tem sido usada em acepções diversas. Existe uma variedade de conceitos da expressão “família”, mais para o Código Civil apenas serve para qualificar um ramo do direito civil que é o direito de família.³

Já no Direito Romano a palavra família era utilizada para designar não apenas os membros que a constituem, mas também para designar o conjunto patrimonial ou a totalidade de escravos pertencentes ao senhor do lar.⁴

1.1 Família e Tradição

A família grega era um grupo extremamente poderoso que ocupava o núcleo da vida pública, tudo isto se deu pela cultura da sociedade que assim a considerava, afinal a instituição da família foi diretamente influenciada pelas tradições políticas e religiosas da comunidade em que viviam.⁵

¹ A origem da Família, 2009. Disponível em: < <http://www.bigmae.com/a-origem-da-familia/>>. Acessado em 02 maio 2012.

² MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol.7, p.204.

³ MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol. 7, p.205.

⁴ MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol.7, p.203.

⁵ CASEY, James. **A história da família**. São Paulo: Ática S.A, 1992, p.19.

Na Grécia o poder do pai exercido sobre os seus filhos e esposa teve um caráter misto, sendo muito influenciado no aspecto religioso e civil, e é por isso que o chefe de família tem a característica de domínio e soberania, pois o pai era o senhor absoluto da sociedade familiar.⁶

Chegou uma época na Grécia em que o culto perdeu o seu vigor, e a antiga religião foi perdendo gradativamente seu valor. Os laços sanguíneos passaram a prevalecer e o parentesco pelo nascimento passou a ser admitido pelo direito, e a sociedade daí em diante passou a dar mais estima a este tipo de parentesco independentemente de sua religião doméstica.⁷

Neste contexto sobre o poder que a religião teve sobre a sociedade ateniense também em estudo a sociedade romana, entende os ensinamentos de Fustel de Coulanges:

Essa mesma religião, que fundara as sociedades e as governara por muito tempo, igualmente moldou a alma humana e emprestou ao homem o seu caráter. Com seus dogmas e práticas, conferiu ao romano e ao grego certo modo de pensar e de agir, e certos costumes dos quais, por longo tempo, não puderam se desfazer. A religião indicava ao homem a existência de deuses em toda parte, mais deuses mesquinhos, irritadiços e malévolos. Esmagava o homem pelo temor de ter sempre deuses contra si, e não lhe deixava liberdade alguma para agir.⁸

A família romana não teve como alicerce o sentimento, o nascimento e o afeto natural, o que unia os membros destas famílias era a religião, caracterizada por um forte culto aos antepassados. Como observa Fustel de Coulanges “a família antiga era mais uma associação religiosa do que uma associação natural”.⁹ Era unida na verdade pela crença familiar e o culto aos seus ancestrais, o que em seguida veio a inserir como baluarte da família o casamento profundamente influenciado pela religião dirigida pelo pai de família.¹⁰

O poder advindo do Império Romano nasceu da idéia de um arranjo religioso, ou seja, a família antiga por suas crenças religiosas e de imperiosa

⁶ BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.364.

⁷ COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 64.

⁸ COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.238.

⁹ COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.45

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.18.

continuidade se diferenciou no sentido de ser um pequeno corpo extremamente organizado no meio familiar.¹¹

Conforme os ensinamentos de Fustel de Coulanges :

Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi seguramente esta que fixou suas regras e, como resultado, o ter a família antiga recebido uma constituição muito diferente da que teria tido se tivesse sido baseada nos sentimentos naturais apenas.¹²

A família romana passou a ser baseada na instituição do casamento, onde o chefe de família considerava a esposa como um instrumento da sua função de cidadão perante a sociedade. A mulher exercia o papel de gerar filhos e aumentar o patrimônio do casal, afinal a moral da época determinava que o homem deveria ser casado e assim agiam os romanos.¹³ A religião romana ensinou ao homem que a família deveria ser baseada na união conjugal unindo o casal pelo importante e poderoso laço do culto e das crenças, havia um intenso vínculo religioso entre os membros que constituíam a família.¹⁴

Deste ponto de vista “o amor conjugal era sorte, não base do casamento nem condição do casal” para se casar. O ideal era o do carinho e respeito entre os esposos, o casamento era considerado uma amizade, e os esposos deveriam proporcionar isto um ao outro, faziam amor somente para gerar seus filhos, pois o principal fundamento do matrimônio da família romana era a procriação e a ajuda mútua entre os cônjuges.¹⁵

O afeto e o prazer não consistiam na base deste matrimônio, para a religião e para as leis a união deveria ser entre o casal com o mesmo culto doméstico onde os filhos que porventura nascessem seriam apenas uma forma de continuar com esta crença, afinal a religião era uma forma de se propagar a geração.¹⁶

¹¹ COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.93.

¹¹COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.46.

¹²ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges.**História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia de Letras, 1989, p. 49.

¹⁴COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.51.

¹⁵ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia de Letras, 1989, p. 52.

¹⁶COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.55 e 42.

Mostraram-se nítidos e evidentes as obrigações de constituição da família, onde a perpetuação pela continuidade da família era a mais sagrada obrigação do homem. Existia, sobretudo, uma sociedade moldada sobre a família que era constituída por um Deus, e seu sacerdote que regiam o culto, distinguida pela justiça e por um governo.¹⁷

Na realização do casamento romano era necessário a “affectio”, para que o casamento não acabasse pelo divórcio era necessário que esta afeição existisse no momento da celebração e enquanto durasse o casamento, afinal a convivência entre os cônjuges era essencial para não haver a dissolução do vínculo.¹⁸

Conforme os ensinamentos de Morgan:

A família [...] “é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, á medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.”¹⁹

A família romana era organizada por alguns indivíduos livres ou não, como os escravos onde todos eram submetidos ao poder do seu chefe, contendo em sua origem a escravidão e a servidão dos membros familiares.²⁰ Esta família era diferenciada pela sua hierarquia vertical, tendo como seu principal núcleo o matrimônio e a uniformidade das crenças religiosas, onde cada membro no meio familiar exercia seu papel e delimitava suas escolhas por ensejos estritamente econômicos.²¹

A composição autocrática da família no direito antigo estava baseada no princípio da autoridade e a noção de pátrio poder possuía em suas características a rigidez e a severidade.²² Porém a partir do século IV com o governo do Imperador Constantino, estabeleceu-se no direito romano a concepção cristã de

¹⁷ COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.104 e 130.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

¹⁹ MORGAN apud ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p.30.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p.61 e 62.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.17 e 18.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.417.

família e grandes mudanças se efetivaram na prática, ocorrendo aos poucos a redução da autoridade do pater. Dentro do meio familiar as esposas e os filhos ganharam mais autonomia, pois passaram a prevalecer as pretensões de caráter moral.²³

No decorrer da história a família se tornou uma realidade positiva, porém se modificando ao longo dos tempos. De acordo com Burguiere [...] “Não existe cidade sem família: nem no tempo, nem na lógica do social”.²⁴

No mesmo sentido segue o entendimento de Gonçalves:

[...] A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.[...] Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.²⁵

O direito romano criou uma composição própria para família sendo uma união jurídica, econômica e principalmente com caráter religioso regida pelo poder do pater familias.²⁶ Ocorre que estes traços marcantes fundaram um padrão pautado na lei da desigualdade e da exclusão social, de caráter extremamente arbitrário, e isso fazia com que o pai de família tomasse a direção da família individualmente.²⁷

Na Idade Média, especificamente nos séculos XII e XIII o pater familias desempenhava um domínio absoluto sobre os seus filhos, esposa e a casa. A família no Direito Romano foi totalmente influenciada pela política, filosofia e sobre o âmbito jurídico, continuamente sobre o comando imoderado do chefe da família.²⁸.

As relações familiares na Idade Média foram influenciadas diretamente pelo Direito Canônico, nestas relações os filhos tinham um grande

²³WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.31

²⁴BURGUIERE, André. **História da família**. Lisboa Portugal: Terramar, 1986, p.144.

²⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

²⁶GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.39.

²⁷FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.32.

²⁸FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.33.

respeito e obediência ao seu pai. Já no século X e XV; o casamento religioso passou a ser único admitido pela sociedade e pela Igreja.²⁹

Nas famílias mais nobres da sociedade, até mesmo na Idade Média o casamento nunca permaneceu ligado a qualquer elo de conotação afetiva entre seus membros. Esta criação de casamentos com cunho sagrado era apenas um dogma das religiões até por serem totalmente influenciados pela origem histórica destas sociedades.³⁰

O matrimônio no direito canônico era idealizado como um sacramento indissociável, porém nem para todas as pessoas o casamento se caracterizava como uma união sagrada, pois havia o divórcio aos infiéis destas relações. A doutrina canônica instituiu normas de empecilhos para realização do casamento baseadas em incapacidades das partes, relações mantidas com parentesco e afinidade e vícios de anuência.³¹

O Fator que corroborou para a hegemonia da Igreja, durante cerca de doze longos séculos após a queda do Império Romano, foi pelo fato da união matrimonial ser um acordo de vontades de caráter contratual.³²

Para Fachin “tanto na Alta, ou na Baixa Idade Média este poder temporal abriu portas para a doutrina matrimonial da escolástica”.³³

Do início do século XVI até o final do século XVIII a vida da família inglesa se dividiu sobre três fases. “A primeira delas unilinear aberta, a segunda a família patriarcal reduzida que seria a subordinação e hierarquização dos filhos e da mulher ao chefe de família totalmente influenciado pela religião e política e em terceiro a família nuclear fechada”. A família sofre modificações temporárias

²⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.641.

³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.19.

³¹WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.34.

³²FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.27

³³FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.24.

influenciadas pelos sentimentos e pelo impacto que as novas gerações fazem surgir no modo de pensar da sociedade.³⁴

Em várias famílias burguesas a mãe amamentava seu filho e entregava o filho caçula às chamadas amas de leite, essas amas amamentavam essas crianças no lugar de suas mães. Uma ama de leite chegava a amamentar de um quinto a um sexto dos recém-nascidos no século XVIII e XIX, isso significava uma certa condenação à morte dessas crianças, e os pais tinham conhecimento deste fato.³⁵

Sendo assim, “na última metade do século XVIII, entre 62% e 75% das crianças deixadas com amas de leite morriam antes mesmo de completar um ano de idade”. Essas “pequenas mortes” dessas crianças não pareciam perturbar os pais, nem a família, muito menos a sociedade que tratava a prática como comum, e muito menos as amas de leite que ao que parece eram muito mais preocupadas com o dinheiro que receberiam ao final do serviço prestado, sendo até mesmo consideradas como mercenárias.³⁶

Já em 1804 no Código Civil Francês predomina o exemplo clássico de uma família patriarcal onde o homem mantém uma superioridade na relação matrimonial e posteriormente hierarquizada onde o mais importante é a instituição que a família representa.³⁷

O parentesco consanguíneo surgiu como uma forma essencial para a formação das famílias. A família consanguínea passou a ser um estágio preliminar necessário para o desenvolvimento ulterior da família conforme caracterizado pelo parentesco havaiano, que ainda é vigente em toda a Polinésia.³⁸

A evolução destas novas entidades familiares está em direta conexão com o desenvolvimento da inteligência, dos sentimentos e crenças

³⁴BURGUIÉRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALIN, Martine; ZONABEND, Françoise. **O choque das modernidades: Ásia, África, América, Europa**. Lisboa Portugal: Terramar, 1986, p. 27 e 28.

³⁵FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.106.

³⁶FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.107.

³⁷FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.33.

³⁸ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 39.

religiosas em que a sociedade acredita; sob o enfoque de valores éticos, morais e sociológicos de cada comunidade familiar estudada.³⁹

Segundo Lacan:

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais [...]. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente que é a base dos sentimentos [...] ela transmite estruturas de comportamento.⁴⁰

A realidade da família até então se baseia na família assentada na autoridade e hierarquia, onde as relações jurídicas eram regidas pelo padrão de interesses dominantes, o sangue, a família a que pertenciam e os casamentos entre pessoas de sexos diferentes eram fundamentais para não haver esta exclusão social.⁴¹

Em todo este progresso histórico, que passou desde a família patriarcal de Roma até a família dita nuclear da sociedade industrial é evidente que ambas demonstraram uma intensa ligação com as alterações sociais ocorridas dos acontecimentos, sendo por estas influenciadas diretamente.⁴²

Afinal o direito de família é um direito que resulta da interpretação de regras de fontes religiosas, morais e de costumes; variando de acordo com o contexto social da sociedade.⁴³

Parece inegável não reconhecer a dimensão histórica, sociológica e material da sociedade, que dá moldura para família se inserir. Moldura esta que dura por mais de 20 séculos centrada na autoridade do pai perante o grupo social e na monogamia como característica de fundamental importância para o convívio familiar.⁴⁴

³⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.18.

⁴⁰ LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p.13.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.15 e 16.

⁴² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.11.

⁴³ MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol.7, p.226.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.25.

Ocorre que a afetividade e o amor nem sempre estão submetidos à tradição monogâmica, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda que realça a importância do amor sob a ótica da afetividade, desenvolvendo o seguinte raciocínio:

A monogamia criou o amor; não o amor à monogamia, menos ainda ao casamento. Há casamentos sem amor; amor sem casamentos; amor, sem relações sexuais sequer; relações sexuais, sem amor.⁴⁵

Vale ressaltar que Venosa, também compartilha desse entendimento que “a monogamia desempenhou um papel fundamental de impulso social em benefício da prole, sendo um fator econômico de produção”. Somente após as mudanças com o surgimento da Revolução Industrial que a família perdeu esta característica de procriação. No meio familiar os valores éticos, amorosos, intelectuais e de auxílio mútuo entre seus membros se desenvolveram a passos acelerados⁴⁶

1.2 Família e Autonomia da Vontade

A família tradicional que conhecemos no século passado, nos serviu de padrão, porém desapareceu quase que completamente com o surgimento da modernidade. Os novos padrões culturais e existenciais surgiram causando na população certa imprecisão e ansiedade, afinal as mudanças de operaram de uma forma muito acelerada e intensa.⁴⁷

Sobretudo ao longo do século XX com o advento do Estado social a família sofreu profundas e significativas mudanças que alteraram sua organização, função, natureza, composição e compreensão, especialmente porque a mentalidade da sociedade mudou ao longo deste tempo.⁴⁸

O Estado anteriormente ausente passou a tutelar no plano constitucional as relações de família, em suas mutáveis manifestações no âmbito social. Ampliaram-se os interesses protegidos, redefinindo os modelos de família,

⁴⁵MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol.7, p.211.

⁴⁶VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.17 e 18.

⁴⁷DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁴⁸LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17.

que nem sempre acompanham a rápida evolução social, isso fez com que surgisse novos valores e tendências sociais.⁴⁹

As relações do direito das famílias passaram por um processo evolutivo de repersonalização, tornou-se necessário um processo de criação e construção de uma nova cultura jurídica onde as entidades familiares têm como maior objetivo a conservação dos laços afetivos.⁵⁰

Com o mesmo pensamento entendem Cristiano e Nelson:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.⁵¹

A partir dos novos valores inseridos na Constituição Federal de 1988, a família patriarcal que a legislação civil brasileira tomou como base desde a Colônia, no Império e boa parte do século XX adentrou em crise, culminando em seguida em sua derrocada, o modelo de família a ser seguido pela sociedade mudou em sua essência com novos valores que melhor atendessem aos seus anseios no meio familiar.⁵²

Esta crise se deu em virtude da família moderna está fundada em um novo paradigma, pois a sua função atual é a afetividade. Assim enquanto houver o afeto, haverá a família, atualmente os casais buscam se unir por laços de liberdade, responsabilidade, colaboração e na comunhão de vida, não há mais espaço para hierarquias nestas relações.⁵³

Em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais o direito de famílias atualmente passou a seguir os seus caminhos próprios. O direito de família adaptou-se à realidade em que estamos vivendo, e estas mudanças tiveram um impacto significativo construindo na mentalidade da sociedade uma nova

⁴⁹LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17.

⁵⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.30.

⁵¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.4.

⁵²LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17.

⁵³LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17.

ordem de valores, perdendo assim seu caráter canonista e dogmático do século passado.⁵⁴

Ao invés do caráter hierárquico, as relações de família passaram a ser um espaço democrático, onde os membros que a constituem convivem com eqüidade, lealdade e respeito recíproco em suas convivências privadas.⁵⁵

A organização patriarcal que vigorou no direito brasileiro por todo o século XX, foi suprimo no direito e também nos costumes da sociedade. Com isso, ocorreram diversas mudanças e o alicerce de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade e da hierarquia para o da compreensão e do afeto⁵⁶

O chefe de família contraiu poderes bem diferentes na família moderna, porque agora o marido não é o mais importante do casamento, a mulher e o homem dividem conjuntamente o comando de suas famílias. Nas questões do dia-a-dia tudo o que é impedido e autorizado deve ser mútuo para o casal, todas as decisões são tomadas em conjunto.⁵⁷

O papel da mulher na sociedade sofreu uma transformação profunda, com intensos resultados modificativos nas relações familiares. A mulher conseguir os mesmos direitos do marido na maior parte das legislações, as condições de vida melhoraram com maior nível de educação para os adolescentes e isso fez a relação dos pais com seus filhos se alterasse.⁵⁸

A emancipação feminina, principalmente sob o enfoque econômico e profissional, modificou substancialmente a função que era destinada á mulher no ambiente familiar, dando uma nova organização e feição para a família moderna.⁵⁹ Depois de muito tempo a mulher conquistou seu espaço profissional no mercado de

⁵⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.29.

⁵⁶PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.28.

⁵⁷GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.18.

⁵⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.20.

⁵⁹LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p.20.

trabalho, e tanto o esposo como a mulher passaram a dividir as atividades e os gastos familiares.⁶⁰

Vale ressaltar, que os institutos da família e do casamento nos acompanham desde os tempos mais longínquos, seguimos seus passos e a sua evolução, adaptando cada mudança social a estes institutos cujo marco inicial se encontra envolvida na memória histórica e nos serve de modelo até os dias atuais.⁶¹

Com a família se revestindo de várias formas, esta passou a ser acolhida em todos os períodos e espaços, claro que cada uma com suas características peculiares. Como o casamento, a família também se modificou no decorrer dos tempos.⁶²

Sob um enfoque de grande modificação social e no âmbito jurídico a família passou a não ser mais fundada no casamento, as uniões sem casamento foram regulamentadas e acolhidas pela legislação e pela sociedade brasileira, porém não de forma generalizada.⁶³

O casamento não é mais considerado um molde para a família moderna. Pois ocorreram várias conquistas que modificaram o direito de família, como o direito dos pais reconhecerem filhos tidos fora de seus casamentos, e estas alterações tornaram-se indispensáveis porque surgiram vários tipos de entidades familiares que necessitavam ser tratadas em igualdade de condições no ordenamento jurídico.⁶⁴

Como a maioria das uniões modernas é fundamentada basicamente apenas na lógica do sentimento, do laço afetivo, da afinidade eletiva e da escolha livremente consentida, basta que o amor entre o casal acabe para que o divórcio

⁶⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.42.

⁶¹DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

⁶²DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

⁶³VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.20.

⁶⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.41.

aconteça, nada mais obsta a manutenção do relacionamento, isto é o que chamamos do casamento por amor.⁶⁵

A autonomia da vontade leva em consideração as necessidades, finalidades e tendências pessoais e a lei tenta editar regras jurídicas cogentes e dispositivas sendo imprescindível que elas também sejam interpretativas a fim de inserir estas manifestações de vontade no mundo jurídico, como acontece atualmente nas relações familiares que são baseadas no afeto e no auto-regramento da vontade. Como entende Pontes de Miranda “essas manifestações de vontade, ou sós, ou juntas a outras manifestações de vontade, ou engatadas a manifestações de vontade de outras pessoas”.⁶⁶

As uniões homossexuais alcançaram aos poucos reconhecimento no Poder Judiciário e Legislativo. Os paradigmas do direito de família foram inteiramente transformados, num ambiente igualitário para todos seus membros.⁶⁷

Com as intensas mudanças advindas dos tempos modernos, visto de uma nova óptica os relacionamentos amorosos se modificaram quanto ao seu aspecto sexual e quanto aos laços afetivos, já a relação entre pais e filhos se caracteriza por um intenso vínculo de amizade recíproca.⁶⁸

Apesar de todas essas modificações pela qual vem passando a família, como nunca os pais amam seus filhos, e os filhos lhe devolvem o mesmo amor, e este laço de amor se reforça e se aprofunda com o passar dos tempos, pois apesar de ainda haverem exceções os desejos de igualdade e de amor pelos filhos estão mais intensos do que nunca nas relações de afeto.⁶⁹

A função econômica da família começou a perder seu sentido, pois não era mais necessário um número grande de membros, e de filhos, porque a família não é mais considerada uma unidade produtiva. Modernamente o grupo

⁶⁵FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada a era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.94.

⁶⁶MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003, Vol. 23, p.33 e 34.

⁶⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6, p.21.

⁶⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.6.

⁶⁹FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada a era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.93 e 140.

familiar se reduziu numericamente, pois a mulher passou a trabalhar e contribuir junto com o marido com os gastos da casa.⁷⁰

Neste sentido entendem Cristiano e Nelson:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.⁷¹

Já a função procracional, profundamente influenciada pela tradição religiosa dos séculos passados, também foi substituída pelo grande número de casais sem filhos, em razão de infertilidade, redução da taxa de fecundidade, de escolha profissional. As pessoas passaram a buscar sua realização pessoal e para isto contam com a autonomia da vontade para decidir se querem ter filhos ou não.⁷²

Com o surgimento de novas concepções sociais formaram-se novos arranjos familiares tendo como alicerce principal o afeto, surgindo assim à família socioafetiva. Com estas mudanças tornou-se necessário dominar os valores patrimoniais para proteger o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos para se ter na prática a dignidade humana.⁷³

Na adoção por casais homossexuais; entende Lôbo:

O favorecimento constitucional da adoção fortalece a natureza socioafetiva da família, para a qual a procriação não é mais imprescindível. Nessa direção encaminha-se a crescente aceitação da natureza familiar das uniões homossexuais.⁷⁴

Existe, portanto três vínculos no direito de família que podem existir ou coexistir separadamente que são os vínculos de sangue, de direito e de afetividade.⁷⁵

Surgiram conseqüentemente novos conceitos a incitar o legislador e o jurista, com idéias e conceitos completamente diferentes encontrados no início do século passado. A família atual encontrou sua identificação na solidariedade, com o

⁷⁰LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

⁷¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.32.

⁷²LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

⁷³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.6.

⁷⁴LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

⁷⁵LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.18.

fundamento na afetividade, e o Estado passou a proteger a família após o individualismo predominante dos dois últimos séculos.⁷⁶

Mudanças significativas produziram um aspecto moderno à família, houve uma sensível alteração nos conceitos basilares de constituição da família e esta se transformou intensamente com o passar dos tempos.⁷⁷ As demandas passaram a ter um enfoque maior na autonomia e liberdade, e o menos possível de intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos.⁷⁸

Estas transformações como fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, facilidades legais para adoção são as transformações de realização pessoal e ambiente de convivência e solidariedade pela qual se caracteriza a função fundamental da família moderna.⁷⁹

A feição destinada à família sofreu grandes alterações, pois houve uma grande flexibilização dos vínculos afetivos familiares, e a família moderna passou a oferecer um intenso suporte emocional aos membros que a constituem.⁸⁰

O grupo social tem por base fundamentalmente as formas de efetivação de expressão do amor, onde os laços de afetivos tornaram-se um elemento caracterizador e essencial do direito de família moderno.⁸¹

Para Caio Mário “Como organismo natural, a família não acaba, Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização”.⁸²

Conforme o ensinamento acerca dos rumos que a família moderna se transformou nos últimos tempos entende Paulo Lôbo:

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na affectio, antiga função desvirtuada por outras destinações nelas vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A

⁷⁶LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.18.

⁷⁷PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.28 e 30.

⁷⁸LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.20.

⁷⁹LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19 e 20.

⁸⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.42.

⁸¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.43.

⁸²PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.30.

afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.⁸³

É evidente que a composição da família moderna não é uniforme em todas as famílias do mundo. Podendo variar de acordo quanto á organização, papel, composição de seus membros, crença e costumes de cada família estudada.⁸⁴

Os elementos ideais de fundação de cada família alteram de acordo com os valores morais, éticos e sociológicos predominantes em cada período histórico. Como estes elementos estão em permanente transformação, não há o que se falar em conceitos estáticos e passados, é uma realidade real que se adequa constantemente aos valores vigentes na sociedade.⁸⁵

Por ser um conceito amplo de famílias, não mais constituído apenas no matrimônio, a família deslocou o ponto de identificação das relações familiares para o afeto, e com isto surgiu a expressão direito das famílias, pois agora existem vários tipos de famílias abarcadas no nosso direito.⁸⁶

Sendo assim, o direito de família deve ser observado de um ângulo pluralista, inclusive em suas identificações para não haver discriminações. Por isso que agora são chamados "Direito das famílias" e não mais direito de família como anteriormente, visto que agora são vários arranjos familiares do ponto de vista patrimonial e individual causando enormes repercussões no meio social.⁸⁷

Após tantas discriminações e preconceitos surgiu a necessidade de ampliar a esfera destas proteções. A expressão direito das famílias nasceu com este intuito de inserir o maior número possível de entidades familiares protegidas legalmente.⁸⁸

A política não vai poder evitar por muito tempo a reflexão sobre as transformações que a cultura vem modificando no pensamento da sociedade, reformas na lei para torná-las mais justa é essencial para que os discursos políticos

⁸³ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.20.

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.18.

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.5.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.80.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.79.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.28.

que se desenvolvem no sentido da prosperidade, da justiça social e da equidade de pensamento possam ser efetivamente cumpridos.⁸⁹

Se estes discursos ficarem apenas no papel o declínio do Estado e o enfraquecimento das autoridades políticas será inevitável, isto não significa a falta de patriotismo e de coragem daqueles que ocupam a função suprema. Com uma incrível proliferação de direitos a quebra de tradições se torna cada vez mais acelerada isto influencia no declínio da lei, mais apesar de ter se tornado cada vez mais difícil gerir a sociedade não pode haver uma fraqueza por parte do Estado.⁹⁰

Com a alteração das tradições e da cultura se acelerando, o Estado se enfraqueceu, tornando-se cada vez mais difícil conduzir uma sociedade em permanente mudança, e se estas variações não forem observadas posteriormente isso poderá complicar significativamente as coisas.⁹¹

Houve um enfraquecimento dos vínculos que existiam entre o Estado e a Igreja, e isso acarretou em um intenso progresso social modificando substancialmente o conceito de família em relação aos séculos passados.⁹²

Esta idéia do individualismo que introduziu e modificou as relações humanas á esfera do amor moderno, seletivo e sentimental. Estamos vivendo o direito de família moderno, edificado no amor e na consagração da pessoa, o caráter afetivo aumentou extremamente nestas relações pessoais, pois cada pessoa busca sua realização pessoal.⁹³

O Estado deve defender e proteger os interesses do organismo familiar tendendo sempre acompanhar a sua atualização. Ocorre que a legislação não conseguiu acompanhar as mudanças sociais da sociedade, pois estas

⁸⁹FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada a era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.46.

⁹⁰FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada a era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 63 e 64.

⁹¹FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada a era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 64.

⁹²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.42.

⁹³FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada a era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.32 e 109.

ocorreram em passos acelerados o que gera uma constante necessidade de transformação para se romper com as tradições do passado.⁹⁴

A respeito das relações familiares da modernidade entende Maria Berenice:

[...] Está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. [...] Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante.⁹⁵

A família moderna funda-se nas relações que tem por base o afeto, a preservação da dignidade e a assistência recíproca entre o casal em seu convívio. Porque a família teve seu processo evolutivo ligado às transformações do homem e da sociedade, é evidente que com isso surgiram diversas formas e possibilidades de expressar o amor e o afeto.⁹⁶

A nova atmosfera de compreensão da família fez com que o direito se tornasse cada vez mais democrático e abrangente, pois para existir a confiança mútua deve haver um espaço acessível ao diálogo entre seus componentes, assim o Estado estará proporcionando democracia aos seus cidadãos.⁹⁷

Como a família se tornou um abrigo das garantias fundamentais é imprescindível respeitar às particularidades e opções individuais de cada cidadão, e o Estado brasileiro neste sentido deve abrigar esta afetividade que amolda as novas relações familiares.⁹⁸

Mostrou-se evidente que a sociedade se desenvolveu, não somente pelos avanços no meio científico, tecnológico e cultural mais também pelas influências da nova mentalidade da sociedade que trouxe consigo uma família plural,

⁹⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.29.

⁹⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.44.

⁹⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.5.

⁹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.7.

⁹⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.33.

multifacetária e aberta a mudanças, por isso passaram a vigorar os novos valores introduzidos na sociedade.⁹⁹

A conduta social da sociedade se modificou rapidamente, e nas relações de convívio familiar as pessoas passaram a buscar a felicidade mais como uma forma promover a realização individual de cada um, é evidente que com o passar dos tempos essas relações passaram a ser mais complicadas, pois elas se tornaram plurais.¹⁰⁰

⁹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.6.

¹⁰⁰GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p.32.

2 Família e Homoafetividade

Neste capítulo abordaremos sobre o impacto que a afetividade trouxe na família moderna, com suas características próprias onde prevalece a afeição e a autonomia da vontade e estas mudanças devem ser absorvidas não só pelas uniões heterossexuais como também pelas uniões homossexuais que merecem a tutela jurídica por parte do Estado.

2.1. Homossexualidade na Grécia, em Roma e na Idade Média.

A homossexualidade entre os gregos trazia em suas características a intelectualidade, a estética física e comportamental. A valorização do belo era o mais admirável, pois não existia preconceito nos relacionamentos mantidos entre pessoas de sexo igual ou diferente.¹⁰¹

Estas uniões eram tão comuns na sociedade grega, que eram consideradas mais dignas que os relacionamentos entre casais heterossexuais, a união entre homem e mulher era vista com certa aversão, pois só atendiam aos fins reprodutivos.¹⁰²

A educação designada aos jovens na civilização grega se compunha entre a virilidade e a educação homossexual, porque na maioria das vezes os adolescentes gregos prestavam serviços sexuais aos seus mestres em troca dos ensinamentos que obtinham.¹⁰³

A homossexualidade acompanha a história do homem desde os primórdios dos tempos gregos, embora aceita ou não ela sempre existiu, e não há nenhum impedimento que justifique que as pessoas não podem ter

¹⁰¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.31.

¹⁰² BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.32.

¹⁰³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.38.

relacionamentos homossexuais. Conforme ensina Maria Berenice “Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício é simplesmente outra forma de viver”.¹⁰⁴

Apesar da sexualidade entre os indivíduos ser livre, esta era somente uma prerrogativa dos “bens-nascidos”. Tanto a homossexualidade como a bissexualidade era considerada comum para os gregos talvez pelas lendas e mitos pelos quais a sociedade grega acreditava, como deuses e os reis heróicos eram venerados do ponto de vista da ética comportamental então isto se tornou uma referência para os cidadãos gregos.¹⁰⁵

Em Roma a homossexualidade era vista no mesmo aspecto das relações entre casais que mantinham relações fora do casamento com amantes e de senhores com seus escravos.¹⁰⁶ A sociedade reagia com demasiada recriminação as pessoas que figuravam no pólo passivo das relações homossexuais, os homens que ofereciam serviços sexuais eram igualados a escravos, recaia sobre estes o preconceito e a censura de Roma, não tendo mais nenhuma relevância social perante a sociedade.¹⁰⁷

Porém a partir do período Justinianeu, as práticas homossexuais começaram a ser tratadas no Império com efetiva severidade, a partir deste momento Roma assumiu um posicionamento bastante avesso as práticas homossexuais.¹⁰⁸

Na Idade Média a homossexualidade esteve presente nos mosteiros e também nos acampamentos militares da época, ocorre que a Igreja através da Santa Inquisição perseguiu todas as práticas homossexuais.¹⁰⁹ Pois a Igreja considerava qualquer prática homossexual como pecado, pois estas relações não se

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.196.

¹⁰⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.38.

¹⁰⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.38.

¹⁰⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.34.

¹⁰⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.34.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.35.

destinavam á procriação, a partir deste momento a Inquisição começou a impor castigos cruéis e assombrosos por condenar a atitude dos homossexuais.¹¹⁰

Em 1603 nas Ordenações Filipinas, profundamente influenciadas pelas idéias da igreja católica consideravam a prática homossexual como “crime e pecado, e quem praticasse sofreria pena terrível, que seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória”.¹¹¹

2.1. Da homossexualidade e a modernidade.

No entendimento de Maria Berenice “o vocábulo homossexual tem origem etimológica grega, significando “homo” ou “homoe”, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter”. A homossexualidade sempre existiu desde os tempos antigos, porém só após as mudanças profundas que família moderna conquistou que os casais homossexuais passaram a ter mais reconhecimentos e direitos por parte do Estado antes omissos.¹¹²

O homossexual, por sua vez, segundo Débora Vanessa Caús Brandão “é a pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico.”¹¹³

No entendimento de Plácido e Silva, homossexual “é toda pessoa que procura prazeres carnavais com pessoas do mesmo sexo”.¹¹⁴

Numa visão histórica a respeito do assunto, a família depara-se inicialmente com influência da Igreja católica, edificada sobre o cristianismo, nos costumes da sociedade ocidental onde a igreja deixou suas raízes influenciando a mentalidade de vários países do mundo até os dias atuais.¹¹⁵

¹¹⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.35.

¹¹¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.39.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.230.

¹¹³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.17.

¹¹⁴ SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.400.

¹¹⁵ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.29.

Na visão de Maria Berenice:

A igreja fez do casamento a forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais a levou a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrada à maioria conservadora é condenar à invisibilidade.¹¹⁶

Para a igreja reconhecer as uniões homossexuais, seria a aceitação de uma conduta errada para convertê-lo como exemplo para a sociedade, e isso iria afetar os valores fundamentais de comportamento do indivíduo. Ocorre que os valores e costumes também se modificaram junto com a família brasileira e qualquer forma de discriminação não é justiça social.¹¹⁷

A prática homossexual sempre se desenvolveu com a história da humanidade mais apesar de ser aceita, havia certo tipo de restrições à sua externalidade perante a sociedade. Porém esta passou a ser rejeitada pela sociedade por influências da Igreja que nunca admitiu estas relações, afinal o maior preconceito contra a homossexualidade decorre das religiões que nunca reconheceram estas uniões.¹¹⁸

A rejeição e intolerância dessas uniões pela Igreja vieram da idéia sacralizada que todas as relações sexuais deveriam pretender a procriação, portanto “a relação homossexual é considerada uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural” pelo fato de casais homossexuais não poderem gerar filhos e pelo fato de haver perda de sêmen na homossexualidade masculina e por ser considerada mera lascívia a homossexualidade feminina.¹¹⁹

Sobre as uniões homossexuais, entende Maria Berenice:

Cada época da história consagra determinados valores culturais e tudo o que foge do modelo “igual” acaba por ser rotulado de “anormal”, gerando um sistema de exclusões estigmatizantes. Essa visão engessadora não

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.197.

¹¹⁷ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.37.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.230.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.231.

mais pode ser aceita nos dias de hoje, em que se vive em uma sociedade plural.¹²⁰

Após expressivas modificações sociais, a sociedade passou a ter uma mentalidade menos homofóbica em relação às uniões homossexuais. A igreja perdeu grande parte do domínio e influência que exercia sobre seus fiéis, e a prática sexual deixou de ser vista como pecado para se tornar uma livre expressão da sexualidade individual do ser humano.¹²¹

Depois de significativas mudanças na postura social da sociedade, uma nova atitude modificou a visão severa e intransigente que as pessoas tinham sobre a orientação homossexual dos indivíduos. Novas formas de relacionamentos surgiram, baseadas no afeto, afinal todo cidadão tem a autonomia privada para escolher aquilo que melhor atende aos seus anseios pessoais.¹²²

Após anos de várias modificações na mentalidade da sociedade, uma profunda revolução de valores e visões foram rapidamente transformados, isto se refletiu na legislação do país com inúmeras idéias e entendimentos que foram criados e modificados para aplicação no direito de família.¹²³

Com isso os homossexuais passaram a ter consciência que podiam ser vistos como grupo social e passaram assim a formar e organizar movimentos e comunidades a fim de se obter o reconhecimento de seus direitos.¹²⁴

Discriminar qualquer pessoa em razão de sua orientação sexual institui uma hipótese constitucionalmente proibida, deve haver a liberdade de optar, pois o exercício da sexualidade de cada um deve ser livre, qualquer tipo de discriminação não poder ser aceito, deve haver um tratamento igualitário respeitando a tendência sexual de cada um.¹²⁵

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.230.

¹²¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.39.

¹²² FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.40.

¹²³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.39.

¹²⁴ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 114 e 115.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.231.

Para não haverem decisões extremamente homofóbicas como a RE n.105.993/RJ, in RTJ, 225/1.413; tendo em vista que o processo segue em segredo de justiça não houve como buscar seu inteiro teor em sua fonte original.

Como acentuou V. Exa., com a precisão que lhe é peculiar, não interessa que a homossexualidade do embargado seja doença física ou mental, vício ou perversão, ou apenas desvio de conduta, mas o que importa é que a nossa consciência moral ou jurídica ainda não se encontra preparada para aceitar tal situação como um fato normal. Essa anormalidade de conduta indubitavelmente mostra que o pai não tem idoneidade moral para ter o filho em sua companhia, exatamente porque o menor tem apenas cinco anos de idade e para ele será extremamente danoso e prejudicial presenciar o pai na prática de atos contrários à própria natureza.¹²⁶

As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas, visto que a Constituição Federal não proíbe o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Também são consideradas entidades familiares se forem observados os requisitos da afetividade, permanência e da ostensibilidade entre o casal e se tiverem a finalidade de constituição de família, os pré-requisitos são os mesmos estabelecidos para casais do mesmo sexo ou não.¹²⁷

A doutrina tem entendido que as uniões homossexuais também estão previstas no artigo 5º, na esfera dos direitos fundamentais, os quais “garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada”, também deve ser observado o princípio da isonomia pois todos são iguais perante a lei e não há qualquer exclusão expressa de efeitos jurídicos aos homossexuais.¹²⁸

Pelo fato da sexualidade ser considerada um direito humano fundamental natural, inalienável e imprescritível então se compreende que todo indivíduo tem a liberdade de escolher a sua sexualidade, devendo ser respeitado pelas suas escolhas individuais, pois este é um elemento natural de sua condição humana.¹²⁹

Na visão de Lôbo “essas normas assegurariam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo atributo

¹²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais: direito de família**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.205.

¹²⁷ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.90.

¹²⁸ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.94.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.199.

inerente a pessoa humana”, não há como negar os efeitos jurídicos destas relações.¹³⁰

O direito e o poder Judiciário brasileiro não podem desconsiderar as mudanças de valores culturais que vem acontecendo na sociedade, aos poucos vem se avançando no reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo com um número de jurisprudências cada vez mais expressivo em nosso ordenamento jurídico.¹³¹

A filiação de casais homossexuais é possível já que a família sem filhos é tutelada constitucionalmente, a procriação como vimos não é finalidade indispensável da família constitucionalizada, e a adoção é permitida para qualquer pessoa independentemente de seu estado civil, ou seja, o argumento de impossibilidade de filiação por casais homossexuais não se sustenta pelas razões descritas.¹³²

Para assegurarmos o respeito á liberdade e a dignidade humana, devemos acabar com os alvos da exclusão social, que são as desigualdades que ainda persistem entre homens e mulheres e principalmente de deixar de vermos a homossexualidade com uma visão preconceituosa, pois ter uma escolha diferente das demais pessoas não é nenhum crime e pecado se não respeitarmos os direitos dessas pessoas não há como se falar que estamos vivendo um estado democrático de direito.¹³³

Se houverem lacunas na lei devemos invocar os princípios de direito, que atribuem o respeito á dignidade humana e garantem o direito a liberdade e a igualdade entre todos os cidadãos. O ordenamento jurídico brasileiro está estruturado em certos valores pelos quais devem estar incorporados na realidade histórica para que sejam utilizados na interpretação das leis.¹³⁴

¹³⁰ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.94.

¹³¹ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.95.

¹³² LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.91.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.232.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.235.

Conforme os ensinamentos de Maria Berenice “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”.¹³⁵

Também deve ser observado com valor jurídico indispensável o princípio da não discriminação, pois somente com liberdade e justiça que pode-se construir uma sociedade mais solidária.¹³⁶

Todos estes princípios almejam á realização total da pessoa humana. A família estruturada sobre os fundamentos do afeto, da veracidade, da liberdade de expressão e da ajuda recíproca é o que almeja a Constituição Federal, adequando e constituindo a família protegida constitucionalmente.¹³⁷

Mesmo com a ausência de lei sobre o assunto estabeleceu-se que as uniões homoafetivas devem ser consideradas e identificadas como entidades familiares no campo do direito das famílias. Afinal a natureza afetiva do vínculo é a mesma dos casais heterossexuais, sendo que as uniões homossexuais têm o mesmo fundamento de constituição e alicerce que é o afeto, por isso fazem jus á tutela jurídica.¹³⁸

Além disso, a ausência de lei em nosso ordenamento que regulamente essas uniões não impede a sua existência, já que as normas do artigo 226 são autoaplicáveis, claro que com sua natureza própria, afinal cada entidade familiar tem suas características próprias e todas estas tem direito a regulamentação por parte do Estado.¹³⁹

Também se deve atentar aos costumes, que na atualidade vêm respeitando e conferindo por parte da sociedade uma visibilidade diferente aos relacionamentos de casais homossexuais. Com as relações sociais cada vez mais

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.63.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.117.

¹³⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.81.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.233.

¹³⁹ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.90.

dinâmicas, a sociedade passou a ver a sexualidade com menos preconceitos e discriminação.¹⁴⁰

O conservadorismo fixado no passado, já completamente ultrapassado pelas mudanças na mentalidade da sociedade humana, tomou lugar a um pensamento de conceitos jurídicos modernos. Onde nem o conservadorismo do Judiciário e preconceitos morais podem levar o Estado a se omitir, não existe justificativa para excluir direitos a estes relacionamentos afetivos só porque são uniões de pessoas do mesmo sexo.¹⁴¹

A omissão do Judiciário brasileiro levou à ausência de leis no ordenamento jurídico que regulamente as uniões homoafetivas, levando estes relacionamentos a exclusão da tutela jurídica por parte do Estado. Não se pode suprimir o direito de pessoas terem relacionamentos com pessoas do mesmo sexo só porque a sociedade fixa padrões discriminatórios a serem seguidos.¹⁴²

A legislação aos poucos vem tentando garantir a integridade física e psicológica de seus cidadãos como um todo, inserindo nas leis as mudanças advindas da sociedade moderna. Onde o amor entre casais entre pessoas do mesmo sexo não pode ser suprimido de amparo jurídico por parte do Estado, pois como entende Maria Berenice “as uniões homoafetivas ganharam o status de unidade familiar”.¹⁴³

Tanto os relacionamentos homossexuais e heterossexuais surgem de um vínculo afetivo, que geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos pessoais e patrimoniais para o casal, estando observados todos os requisitos para inserção no âmbito jurídico nada mais obsta o seu reconhecimento.¹⁴⁴ Nestas uniões de casais homossexuais o elemento da afeição é imprescindível, pois como já diz o nome estas convivências são chamadas de homoafetividade, esta afeição é

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.235.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.233 e 236.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.203.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.210.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.233.

sublimada nas relações atuais de família e é base para a consideração de entidades familiares.¹⁴⁵

A afetividade encontrou seu alicerce no Direito das Famílias talvez pelo fato de haverem infinitas possibilidades espontâneas e voluntárias de expressão do amor, as relações jurídicas familiares modernas passaram a ser inteiramente permeadas de afeto.¹⁴⁶

A Constituição Federal consagrou o afeto como elemento caracterizador da união estável, a partir deste momento tornou-se evidente que todas as uniões que tivessem a presença de vínculo de afetividade também podiam ser consideradas como família.¹⁴⁷

Assevera Maria Berenice que “o direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam o afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par”.¹⁴⁸

A família apesar de suas particularidades complexas se baseia na ordem da solidariedade e tem o afeto como sua finalidade. Nas diversas relações humanas existem as relações afetivas, que se encontram também nas relações homossexuais, portanto não há como excluí-las da proteção por parte do Estado.¹⁴⁹

Quando duas pessoas passam a ter uma vida em comum com a finalidade de construir um lar com amor e respeito, estas pessoas não podem ficar fora da lei somente por causa do sexo de seus participantes.¹⁵⁰

Para Taísa Ribeiro as relações homoafetivas constituem uma família, conforme o entendimento que se segue:

¹⁴⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.154.

¹⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.34.

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.178.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.129.

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.129.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.238.

Se, na busca da felicidade, num projeto de vida comum, duas pessoas do mesmo sexo se juntam e se unem, numa comunidade afetiva, com os mesmos laços e compromissos, com os mesmos sonhos e esperanças que também motivam as de sexo diferente, não há razão ou motivo para que se deixe de reconhecer que o casal homossexual, naquela relação amorosa, forma, igualmente, uma família.¹⁵¹

Neste sentido, Maria Berenice Dias, faz referência em sua obra “assim teremos uma sociedade aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática e sem preconceitos e discriminações cruéis”.¹⁵²

Como a família moderna não tem mais como baluarte o casamento, e a procriação não são mais essenciais para que a convivência entre um casal mereça proteção constitucional, então não cabe mais excluir do conceito de família as relações homoafetivas. Nos ensinamentos de Maria Berenice “excepcionar onde a lei não distingue é a forma mais perversa de excluir direitos”.¹⁵³

Afinal, o Código Civil e a Constituição Federal ao versarem em seus dispositivos sobre o casamento não fizeram nenhuma menção a diversidade de sexo dos contraentes do matrimônio, deste modo não há nenhum impedimento legal para se realizar o casamento entre casais homossexuais, pois apenas o preconceito que impede a realização do casamento destas pessoas.¹⁵⁴

O artigo 1565 do Código Civil brasileiro não limita o casamento somente ao relacionamento entre casais heterossexuais, somente assevera as condições estabelecidas ao homem e a mulher que decidem formar uma família, o artigo mencionado não constitui uma imposição expressa onde o casamento só pode se realizar entre pessoas do sexo oposto.¹⁵⁵

Sobre a evolução do homossexualismo entende Maria Berenice:

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo postura preconceituosa ou discriminatória para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do direito não podem ser

¹⁵¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.49.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.238.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.234.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.154.

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.154.

fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaço para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos. Para isso, nada melhor que a qualificação de advogados e operadores de direito para trabalharem com este novo ramo do direito: o direito homoafetivo.¹⁵⁶

Com isso, a homossexualidade é o gênero, diferenciada pela exclusividade das relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. Neste entendimento, existem dois tipos de homossexualidade a masculina e a feminina, a primeira é conhecida por “sodomia, uranismo, enquanto que a segunda é denominada por safismo, lesbianismo ou tribagismo”.¹⁵⁷

Incumbe ao direito regular a vida não só de casais heterossexuais como também dos homossexuais, pois ambas tem o mesmo intuito da busca pela felicidade e da realização pessoal de seus membros, não há como ignorar que as relações afetivas são merecedoras de tutela jurídica.¹⁵⁸

O único fato que contribuirá para diminuir a aversão que a sociedade demonstra pelo homossexualismo é pacificar as decisões judiciais para assim se obter um resultado mais justo e considerar estas relações como afetivas.¹⁵⁹

Deste modo, a omissão por parte do Estado não irá abolir o preconceito e a discriminação as relações homossexuais, da mesma forma entende Maria Berenice “não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar á invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação”.¹⁶⁰

O direito não pode abolir do âmbito de sua proteção jurídica o amor entre casais de pessoas do mesmo sexo, pois as uniões homoafetivas apresentam status de unidade familiar, e essas relações também constituem o direito de família e são merecedoras de amparo por parte do Estado brasileiro.¹⁶¹

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.238 e 239.

¹⁵⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.16 e 17.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.204.

¹⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.208.

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.208.

¹⁶¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.51.

Sem dúvida, uma das evidências mais difundidas em nossos tempos, Luc Ferry ensina:

[...] a vida comum é caso de sentimento e de escolha, ela tem a ver com decisões individuais privadas, isto é, excluídas tanto quanto possível do controle da sociedade como um todo. Inclusive é nome dessa decisão “sentimental” das relações humanas que o casamento, mesmo por amor, é às vezes questionado: ainda se estaria cedendo muito às tradições, uma inútil concessão à comunidade, enquanto os sentimentos autênticos deveriam ser poupados. Mas é também em nome dessa lógica do amor de outras categorias da população, sempre deixadas de fora, como padres e homossexuais, por exemplo, passaram a não querer mais ser excluídos do padrão comum.¹⁶²

Ainda não podemos asseverar que essa evolução no pensamento da sociedade chegou a um ponto da concordância generalizada das uniões homossexuais. Diminuiu o preconceito e a rejeição a estas pessoas. Porém os homossexuais ainda convivem com bastantes problemas como a opressão porque o volume de discriminação ainda é muito alto. O legislador deve lutar para que sejam dominados e suprimidos todos os tipos de preconceito que ainda perduram na sociedade.¹⁶³

O cidadão não pode ser desestimado por não manter as relações ditas habituais de afeição, toda pessoa tem o direito, autonomia e o livre arbítrio de se envolver emocionalmente com a pessoa que desejar, é uma opção diferente dos padrões fixados pela sociedade, porém é normal ser diferente tendo em vista que existem variantes naturais da sexualidade humana.¹⁶⁴

Sobre este preconceito entende Taísa Ribeiro:

A homossexualidade não é uma doença nem, muito menos, uma perversão. É um modo de ser, manifestação da sexualidade humana, afirmação da personalidade, da individualidade, e qualquer pessoa tem o direito de autodeterminação sexual. Assim como o indivíduo pode ter e exercer as suas crenças religiosas, os seus valores éticos e morais, suas convicções políticas, sua ideologia, tem o direito, igualmente de desempenhar a sua orientação sexual, sem que seja hostilizado por isso. O direito de ser diferente é emanção do princípio da igualdade. Ninguém pode ser

¹⁶² FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada a era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.100 e 101.

¹⁶³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004, p.40.

¹⁶⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004, p.31 e 33.

discriminado apresentar uma variação do impulso sexual, que, inclusive, não é uma escolha, uma opção consciente.¹⁶⁵

Se ignorarmos a realidade que estamos vivendo, e deixarmos as uniões homoafetivas à margem da sociedade e de regulamentação, isto não irá fazer com que a homossexualidade seja abolida da sociedade, isso só irá excluir pessoas que tem direito a tutela jurídica por parte do Estado. Não se pode aceitar um tratamento diferenciado a estas pessoas somente por sua opção sexual e preconceitos de ordem moral e religiosa.¹⁶⁶

Sobre o posicionamento da Constituição Federal acerca das uniões homoafetivas ensina Maria Berenice:

O silêncio da Constituição Federal sobre as uniões homoafetivas não permite afirmar que a base da sociedade é constituída apenas pela família heterossexual. Não há e nem poderia haver oposição expressa ao reconhecimento das relações não vincadas pela diversidade de gênero dos parceiros. Nada ser dito sobre os pares do mesmo sexo não significa exclusão do conceito de entidade familiar, que é objeto de especial proteção.¹⁶⁷

Aos poucos vem se reconhecendo direitos a estas uniões, a respeito da adoção não há nenhum impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo possam adotar uma criança, a condição sexual do indivíduo não diminui seus direitos e muito menos dignidade humana, admitiu-se assim a analogia da união homossexual com a união estável, houve o reconhecimento implícito da natureza familiar para fins eleitorais, em decisão judicial foi assegurado o direito de companheiros homossexuais ao pagamento do seguro de carro em caso de morte do outro, enfim direitos antes distantes destas pessoas vem sendo reconhecidos gradativamente.¹⁶⁸

A Lei Maria da Penha acabou por identificar as relações homoafetivas como família, pois conceituou a família como uma entidade familiar

¹⁶⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p.153.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo Pereira da Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.238 e 236.

¹⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.130.

¹⁶⁸ LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.93 e 94.

com vínculos afetivos, onde independe qual a orientação sexual da pessoa, esta lei acabou por abrigar as uniões homossexuais sob sua esfera de proteção.¹⁶⁹

Depois de tantas mudanças a família passou a ser configurada de uma forma muito ampla, e tornou-se necessário o ordenamento jurídico interpretá-las através dos princípios e valores constitucionais para uma melhor proteção dos direitos dessas pessoas, os indivíduos como nunca usam da sua autonomia da vontade para concretizarem sua realização pessoal.¹⁷⁰

Sobre a mudança social pela qual acompanha nossa sociedade entende Maria Berenice:

Enquanto a lei não acompanha os avanços sociais, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos às novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças.¹⁷¹

A família se desenvolveu junto com a sociedade, e modifica-se na medida em que a sociedade se modifica isso acontece com o passar dos tempos, porque a família é um produto do sistema social em que está inserido e reflete as mudanças de cultura de cada sistema familiar que quase sempre são completamente diferentes por questões éticas, culturais e morais.¹⁷²

A partir deste novo paradigma familiar pelo qual passa a família moderna e pela pluralidade de outras formas de família reconhecidas na Constituição de 1988, houve como uma divisão para os efeitos jurídicos destas novas entidades familiares. Como não há um elenco taxativo de entidades familiares a serem protegidos na Constituição, os novos modelos de família começaram a brotar das relações sociais, assim as pessoas passaram a ter autonomia para conviver familiarmente com o modelo que melhor representasse suas pretensões particulares.¹⁷³

Sobre essas entidades familiares entende Ana Carla Matos:

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.273.

¹⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.74.

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.182.

¹⁷² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 91.

¹⁷³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.158 e 161.

Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem a sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão das tarefas de socialização das crianças. Estas características estão presentes em uniões homo ou heterossexuais.¹⁷⁴

Para compreender as relações homoafetivas é preciso buscar a aplicação dos princípios de direito e afastar os padrões pré-estabelecidos de ordem moral já que estes estão totalmente ultrapassados, afinal o chamado ideal de justiça deve reger as relações humanas para se manter a integridade e a liberdade dos cidadãos.¹⁷⁵

¹⁷⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.162.

¹⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais: direito de família**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.1 e 2.

3 Análise do Voto do Relator

Neste capítulo analisaremos o histórico julgamento exercido pelos Ministros do Superior Tribunal Federal, onde foram julgadas e conhecidas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132-RJ) proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277-DF) proposta pela Procuradora-Geral da República, sendo ambas decididas por votação unânime, com eficácia erga omnes e efeito vinculante aplicando-se as mesmas regras da união estável heteroafetiva as uniões homoafetivas. Porém o objeto de análise deste capítulo será o voto do Relator do julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto.

Com o ajuizamento das duas ações foi necessário haver uma interpretação conforme a constituição porque uma das vertentes hermenêuticas se colocou na rota de colisão com o Texto Magno, houve a necessidade do controle de constitucionalidade para solucionar o conflito.

Inicialmente deve se esclarecer que a cultura é um produto da história sendo, portanto um objeto cultural da experiência humana.

Existem normas que carregam as desigualdades historicamente acumuladas. Este tipo de normas atualiza, aperfeiçoa e transforma o direito quebrando o paradigma cultural, o modo coletivo de agir historicamente registrado.

E o legislador deve tentar interpretar esta norma para transformar a realidade. Pois há normas que vem não para mudar o comportamento do povo mais sim para mudar o próprio povo mentalmente.

E o direito pós-constituição qualifica a vida social tentando eliminar as desigualdades sociais ultrapassadas, patriarcais e machistas. Para estruturar uma nova sociedade, uma nova cultura e uma nova mentalidade.

Neste sentido, os homossexuais são um dos segmentos sociais vítima de preconceito no Brasil, pois historicamente não transitam com a mesma facilidade pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe, afinal desde o principio é um segmento social desfavorecido.

É fato que as transformações do tempo e lugar onde as pessoas vivem podem influenciar a orientação sexual dos indivíduos, e para termos harmonia na vida coletiva é necessário que as pessoas tenham liberdade de optar.

Ocorre que os julgamentos de ações acerca do assunto se mostram cada vez mais uma mescla pela dimensão subjetiva de uns ora pela dimensão objetiva que caberia ao direito aplicar, isso se torna em um sério problema porque os dissensos entre as decisões judiciais prejudicam o direito destas pessoas.

Este dissenso no âmbito judicial reflete as transformações históricas experimentadas pela sociedade, e tudo que foge dos padrões da heterossexualidade acabou por incomodar as pessoas que não tem preferências homossexuais, por posturas conservadoras e preconceituosas.

Para garantir os direitos e o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é necessário os mesmos requisitos da união de casais heterossexuais como a “convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família” conforme observa-se no artigo 1723 do Código Civil, afinal as relações homoafetivas são compostas por vínculos afetivos e de solidariedade entre os seus parceiros.

Interpretando a Constituição Federal que se encontra o tratamento jurídico destas relações, pois não deve haver desigualdade social artigo 3º inciso III e preconceito pela opção sexual de cada um, porque o objetivo constitucional do Estado é promover o bem de todos, ou seja, se o estado não promove esses direitos fere o principio da dignidade da pessoa humana e instabilizam gravemente a vida social, e isso posteriormente gera um foco permanente de desequilíbrio, de falta de harmonia e de injustiça social.

Afinal um dos princípios adotados pela Constituição é o do não-preconceito, sendo um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil conforme se verifica no artigo 3º inciso IV.

Ninguém tem maior ou menor merecimento por sua opção sexual para o direito. Para o direito não é traço de merecimento intrínseco ou de desmerecimento. Acontece que a cultura é um hábito coletivo, é um estilo coletivo de ser e nem sempre a cultura se justifica e os preconceitos vão se tornando traços culturais. Há pessoas e sociedades preconceituosas que impõem a realidade conceitos que não se justificam a luz de valores como dignidade, caráter, compreensão e tolerância.

A Constituição Federal de 1988 em seu texto previu expressamente que não deve haver preconceito tanto pelo sexo, á origem social, geográfica, à idade, à raça e cor da pele, ou seja, qualquer forma de discriminação não deve ser admitida, pois este é o objetivo basilar a ser seguido pela República.¹⁷⁶

Com o intuito de obter um controle social para sociedade o direito submete as relações aos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, para assim adequar a melhor solução ao caso concreto aplicando as normas num caráter de ponderação.

Para o Senhor Ministro Ayres Britto “a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio”, com a falta de normas que regulamente o assunto a opção sexual passou a ser decidida pelo livre arbítrio, respeitando-se assim as particularidades de cada pessoa.¹⁷⁷

A liberdade é um bem da personalidade humana, também considerado um direito inviolável do âmbito da autonomia da vontade de cada indivíduo, assim cada pessoa busca se realizar pessoalmente. Afinal a liberdade e a

¹⁷⁶ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.45.

¹⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012

igualdade “são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.¹⁷⁸

Este pluralismo é a respeitosa convivência dos contrários, e a tolerância para o modo de ser diferente dos outros é essencial para este convívio, se o indivíduo não sonega o direito de outra pessoa este também tem seus direitos.

A proteção a preferência sexual por ser um direito fundamental decorre do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal, sendo também considerada cláusula pétrea, pois diz respeito aos direitos e garantias individuais, conforme também se observa no artigo 60 § 4º inciso IV da Constituição.

O século XXI se tornou o século da afetividade, do afeto, do carinho e do amor sobre o biológico, e a busca pela felicidade influenciou as preferências pessoais e os homossexuais passaram a se realizar somente homossexualmente.

Com a efetiva tutela de proteção por parte do Estado e com base no princípio da dignidade humana, a família se afirma no sentido de se concretizar e alcançar o íntegro desenvolvimento da personalidade dos membros que a constituem.¹⁷⁹

Quanto ao preconceito à orientação sexual, as pessoas também se realizam sexualmente, pois isto é uma realidade e não podemos negá-lo, o uso do aparelho sexual depende da autonomia da vontade de cada indivíduo, e esta autonomia é um direito e bem de personalidade que faz parte de sua liberdade.

Conforme os direitos previstos no artigo 5º inciso X da Constituição onde são consideradas invioláveis a intimidade e a vida privada então proibir o uso da sexualidade seria intervir na intimidade e na privacidade das pessoas, o que não fez Constituição Federal por vedar expressamente o preconceito.

Deve ser observado o princípio da isonomia afinal todos são iguais perante a lei, tanto os casais homoafetivos como os heteroafetivos devem ter um

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012

¹⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.48.

tratamento isonômico por parte do direito, pois cada indivíduo opta pela preferência sexual que melhor atenda aos seus anseios pessoais e afetivos.

Com um propositado mutismo da Constituição houve um grande avanço normativo que proibiu o preconceito e concretizou o direito a liberdade dos cidadãos. Com a falta de previsão normativo-constitucional sobre a preferência e emprego da sexualidade humana surgiu a idéia de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.¹⁸⁰

Até porque seria inútil e ineficaz a Constituição proibir estas uniões tendo em vista que no entendimento do Senhor Ministro Ayres Britto:

Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia da vontade.¹⁸¹

Existem muitas formas de constituir família informalmente ou formalmente, o que interessa é que um novo núcleo doméstico ou uma nova entidade familiar se constitua com estabilidade, permanência, visibilidade e ostensividade este é o espírito da Constituição Brasileira.

Isso ocorreu porque as entidades familiares afetivas baseadas na ética e solidariedade recíproca foram acolhidas no Direito das famílias, e mesmo não previstas no artigo mencionado estas famílias devem ser protegidas, pois não pode haver qualquer tipo de discriminação pela opção sexual do indivíduo, ou seja, a exclusão destas famílias se chocaria com os princípios da dignidade da humana e da igualdade previstos na Constituição Federal.¹⁸²

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012

¹⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.46 e 47.

O direito de constituir família é um direito natural da coletividade humana, sendo impossível conceituar juridicamente e detalhar todas as espécies de arranjos familiares em que podem se desdobrar culturalmente, assim torna-se evidente que a família é merecedora de uma ampla proteção constitucional por parte do Estado pois não há qualquer tipo de diferenciação por parte da Constituição Federal.

O Superior Tribunal Federal manteve a Constituição como o seu fundamental atributo de coerência, não admitindo com sua decisão qualquer forma de preconceito homofóbico. O tratamento deve ser isonômico tanto as uniões heteroafetivas como as homoafetivas onde ambas serão tratadas no mesmo âmbito da visibilidade, continuidade e durabilidade e poderão ter igual direito a formar uma família autonomizada.

Conforme o entendimento de Roger Raupp se todos são iguais perante a lei então o direito não deve levar em conta os atributos ou qualidades pessoais, deve haver uma igualdade no tratamento no momento de aplicação da lei para não haver qualquer tipo de discriminação arbitrária.¹⁸³

Para que não houvesse o tratamento isonômico entre os parceiros homossexuais e os casais heterossexuais, seria necessário que a Constituição proibisse, ocorre que o texto Magno não proíbe a isonomia.

Ou seja, desde que preenchidos os requisitos legais não há nenhuma previsão legal no ordenamento jurídico que proíba ou impossibilite o relacionamento de casais do mesmo sexo. Assim também seguem os entendimentos de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald que entendem que a falta de proteção a outras entidades familiares se dá pela falta de interpretação do texto da Constituição Federal e da postura preconceituosa das pessoas.¹⁸⁴

¹⁸³ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.31 e 33.

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.46.

Roger Raupp ensina “a ausência de previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas em seu texto normativo”.¹⁸⁵

As relações heterossexuais não são superiores em relação a uniões homoafetivas, com o direito conquistado pelos homossexuais ninguém perdeu ou ganhou, o que os homossexuais almejam é uma igualdade pura e simples, conforme dispõe o artigo 3º inciso IV da Constituição.

Igualdade esta que já reflete em direitos conquistados como o da adoção, onde não se pode excluir o adotante pela sua opção sexual, devendo ser observado somente o bem-estar e proteção do adotando.

Respeitar a diferença é dar um tratamento jurídico igualitário sem diversidades entre os casais heterossexuais e homossexuais, assim a igualdade produzirá os seus efeitos a todos os cidadãos da sociedade.¹⁸⁶

A única regra que dificultou ao Supremo o equacionamento da causa e o reconhecimento da isonomia entre os parceiros homoafetivos e os casais heteroafetivos foi o § 5º do artigo 226 da Constituição Federal, porém a interpretação não pode ser reducionista, deve ser na verdade principiológica, sistemática, ampliativa e não preconceituosa.

A interpretação restritiva desconsidera toda a principiologia da Constituição e a proibição do preconceito, o pluralismo, a intimidade e a vida privada, os princípios são para ser usados de forma ampliativa e não restritiva. Afinal, os homossexuais têm o direito de se realizar homossexualmente.

O Senhor Ministro Ayres Britto em seu voto histórico concedeu ao artigo 1723 do Código Civil interpretação segundo à Constituição Federal, estabelecendo “o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo

¹⁸⁵ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.132.

¹⁸⁶ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.130.

perfeito de família”. Esta consideração acerca das uniões homoafetivas segue as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.¹⁸⁷

As ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade foram julgadas procedentes, e reconheceram as uniões homoafetivas como família por votação unânime.

Sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal Maria Berenice entende “em face das decisões que começaram a surgir, em todo o país, acabou o STF reconhecendo as uniões de pessoas do mesmo sexo como união estável”.¹⁸⁸

A constituição quer eliminando os preconceitos que as pessoa vivam em comunhão de vida, comunitariamente, promovendo a integração a sociedade dos setores historicamente desfavorecidos como o dos homossexuais

¹⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.273.

Conclusão

O trabalho ora concluso teve seu alicerce no projeto de pesquisa bibliográfica do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-Uniceub bem como em obras de renomados autores no campo do Direito de Família ou das Famílias, conforme entendimento da nobre autora *Maria Berenice Dias*, *Paulo Lobô* entre outros, como também no julgado da ADI nº 4.277, ADPF 132, 05 e 06 de maio de 2011 do STF, que teve o Excelentíssimo Senhor Ministro Ayres Britto como Relator.

No contexto observa-se que desde sempre a humanidade convive com a questão do homossexualismo, o qual por imposição religiosa foi sempre visto como crime ou pecado mortal pela maioria da sociedade que viviam sob os dogmas da Igreja, entre outros conservadores que somente aceitavam como família aquela formada pela união de pessoas de sexo opostos caracterizada pelos laços sagrados do matrimônio, com o objetivo reprodutivo e perenidade da espécie humana, onde o papel fundamental da mulher era a procriação, rechaçando, por assim dizer, o direito de escolha e da preferência sexual que à época já existia, porém, através da chamada Santa Inquisição, a prática homossexual sofria punição de forma severa e impiedosa.

É público e notório que, com o desenvolvimento da humanidade, a cada época novos valores culturais são introduzidos na sociedade, mas alguns são taxados de imoral e tendentes a contaminar o conceito do modelo de família ideal na visão retrógrada dos preconceituosos de plantão, que não aceitam a pluralidade familiar hoje existente, mesmo sabendo ser inócua a repugnância, porém o Estado tenta usar de suas forças para coibir qualquer tipo de preconceito.

Força essa retratada na intervenção do Estado, através da Lei soberana, Constituição Federal de 1988 que traz à ribalta o reconhecimento de que “todos são iguais perante a Lei, sem distinção”, embora não contemple de modo explícito a união homoafetiva, abre um leque de possibilidade para que seguimentos jurídicos intercedam na questão, a exemplo de vários julgados sobre o assunto

disponíveis no STF. Afinal a interpretação da Constituição deve ser de fato principiológica, ampliativa e não preconceituosa.

No século XXI a família moderna trouxe consigo em seus elementos de constituição a afetividade, a solidariedade, e a autonomia da vontade; pois cada indivíduo tem o direito e autonomia para escolher a preferência sexual que melhor atenda aos seus anseios e realização pessoal.

Todavia, recorrendo ao entendimento do Senhor Ministro Ayres Britto, como Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277-DF) proposta pela Procuradora-Geral da República e a (ADPF nº 132-RJ) proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, então juridicamente pode-se dizer, que mesmo de forma implícita a união entre indivíduos do mesmo sexo na forma legal é perfeitamente possível.

Em face da recente decisão do STF, restou estendido que os direitos aos heterossexuais são inteiramente aplicáveis aos homossexuais, em razão da aplicabilidade dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do não preconceito, da isonomia e da busca da felicidade, afinal o principal fundamento de legitimidade para reconhecimento da união homoafetiva para o Supremo Tribunal Federal foi uma análise principiológica da Constituição Federal.

Pois a decisão do STF representa um importante passo contra a discriminação e o preconceito, rompendo paradigmas e elevando a questão ao direito máximo de valorização da dignidade do ser humano.

Contudo entende-se, que dias menos dias, a discriminação em razão do sexo será esquecida e a tão discutida homofobia será coisa do passado, sem importar de que forma surgiu para cada um a opção sexual, bastando para tanto, que seja garantido a todos o direito de constituir famílias homoafetivas ou heteroafetiva, pois o direito de constituir família é um direito natural e coletivo baseado no amor e no afeto, considerando e prevalecendo a máxima de que “todos são iguais perante a Lei”.

Por fim, conclui-se que o direito brasileiro continua acompanhando as mudanças e renovações que, em passos lentos, vem ocorrendo nesse contexto

cultural, promovendo, através da educação, a igualdade social, sabendo que o casamento como instituto jurídico, ainda não se aplica a casal do mesmo sexo, mas que nem por isso, a homofobia deva prevalecer e nem tampouco o indivíduo homossexual ser abandonado às margens da sociedade, pois todo ser humano tem o direito de ser feliz e gozar de todos os direitos e deveres a ele inerente, com liberdade para ir e vir sem ser molestado ou ignorado, apenas pelo seu direito de escolher e viver sua opção sexual.

Referência

A origem da Família, 2009. Disponível em: < <http://www.bigmae.com/a-origem-da-familia/>>. Acessado em 02 maio 2012.

ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia de Letras, 1989.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277, ADPF 132, de 05 e 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de abr. de 2012.

BURGUIERE, André. **História da família**. Lisboa Portugal: Terramar, 1986.

BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALIN, Martine; ZONABEND, Françoise. **O choque das modernidades: Ásia, África, América, Europa**. Lisboa Portugal: Terramar, 1986.

CASEY, James. **A história da família**. São Paulo: Ática S.A, 1992.

COULANGES, de Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LOBÔ, Paulo. **Direito civil famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, de Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, Vol.7.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003, Vol. 23.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**: direito de família. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, Vol. 6.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.